

Santiago, cuatro de marzo de dos mil veinticuatro.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTO:

Se reproduce la sentencia apelada de fecha uno de agosto de dos mil veintidós, con excepción del numeral tercero contenido en su considerando octavo y del motivo undécimo, que se eliminan.

Y teniendo, además, presente:

PRIMERO: Que resulta pertinente puntualizar que en estos autos el demandante dedujo acción de precario, conforme al inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, con arreglo al cual constituye simple precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

En este contexto, es posible afirmar que, el simple precario consiste en una situación de hecho puramente concebida, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título de relevancia jurídica y, “es precisamente esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho que tienen como comunes los demás elementos. (C. Suprema, 14 de noviembre de 1963. R.D.J. y Cs. S., T.60, secc. 1ª, pág. 343).

De esta manera, sin el ánimo estrictamente permisivo en el propietario de la cosa que ocupa quien viene a ser demandado o, su falta de conocimiento acerca de la tenencia del bien por la contraparte, queda descartada la presencia del precario y, por ende, se ve neutralizada la viabilidad de la acción correspondiente.

En vinculación con lo que precede, se concluye que la acción de precario es aquella que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que lo justifique, la restitución, por existir mera tolerancia de su parte.

SEGUNDO: Que con estricto apego a la norma citada en el literal anteprecedente y de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sobre la materia, para que exista precario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) que el demandado ocupe ese bien; y c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

TERCERO: Que en lo que respecta al primer presupuesto de la pretensión de marras, se encuentra debidamente demostrado que el actor es poseedor inscrito del bien inmueble materia de autos, por lo que en virtud de lo establecido



en el artículo 700 inciso 2° del Código Civil, deben reputarse dueños, tal como lo consigna el fallo de primera instancia en el motivo primero.

CUARTO: Que en cuanto a la segunda exigencia de la acción de precario, esto es, la ocupación por parte de la demandada del inmueble cuya restitución se reclama, es dable señalar que dicha ocupación fue expresamente reconocida por la demandada al tiempo de contestar la demanda, lo que unido a la prueba testimonial rendida por dicha parte, permite tener por acreditado dicho elemento, tal como se establece en el considerando octavo N° 2 del fallo apelado.

QUINTO: Que conforme a los racionios que preceden, en el caso de marras la controversia queda centrada, entonces, en determinar si el tercer supuesto referido en el motivo segundo de esta sentencia se ha verificado, o si, por el contrario, como lo plantea la demandada éste no se cumple. Así, habiéndose establecido como hechos inamovibles el dominio por parte del actor del inmueble ubicado en calle Barcelona N° 2014, Osorno, y la ocupación que hace del mismo la demandada y, con ello la satisfacción de dos de los requisitos de procedencia de la acción deducida, corresponde dilucidar si la demandada cuenta o no con título que justifica su ocupación.

SEXTO: Que en este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras de que, sobre este punto, se sirve la ley en la disposición que regula la acción de autos. Señala el precepto, en lo que interesa, que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato.

Por su parte, la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2° del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual y que ese título resulte oponible al propietario, de forma que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que puede eventualmente no tener sobre aquélla ese derecho real. En razón de lo anterior, el título que justifica la tenencia no necesariamente deberá provenir del propietario, sino que lo relevante radicará en que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima esa tenencia de la cosa puede ejercerse respecto del propietario, sea que él o sus antecesores contrajeron la obligación de respetarla -si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza



personal- bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona, si se trata de un derecho real.

De lo acotado se aprecia, como se adelantó, que un presupuesto de la esencia del precario lo constituye la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el detentador de la cosa, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. Consecuencialmente, la cosa pedida en la acción de precario, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su apoyo en la ausencia total de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma.

SÉPTIMO: Que en la especie, al demandar, el actor planteó la acción de precario aludiendo a la mera tolerancia en la ocupación de la propiedad de parte de la demandada, es decir, sabía de su ocupación y la toleraba, sin que mediara vínculo jurídico alguno entre ambos.

Ahora bien, como se adelantó, la mera tolerancia que condice con el instituto del precario que se analiza, importa la simple condescendencia o consentimiento del propietario de la cosa que luego trata de recuperar. Sin embargo, la demandada ha argüido que vivía en el inmueble en su calidad de ex pareja y madre de las hijas del antecesor en el dominio del actor, desde hace 7 años, antecedente que a su entender, resulta suficiente para desplazar el instituto que se reclama.

OCTAVO: Que según el mérito de los antecedentes y de la totalidad de la prueba rendida en el proceso, particularmente prueba testimonial consistente en las declaraciones de Guisela Elizabeth Cárdenas González y Mario Rodrigo Cárdenas Fuentealba, quienes expresaron que la demandada vive en el inmueble ubicado Barcelona N° 2014, Osorno, desde hace siete años, pues vivía con su ex pareja, con quien tiene dos hijas en común, añadiendo que la ex pareja se retiró del inmueble por orden del Juzgado de Familia; inscripción de dominio de fojas 6419, número 5491, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Osorno del año 2021, a nombre del actor; oficios y resoluciones dictadas en causas RIT C-504-2021 del Juzgado de Familia de Osorno y causas RIT 1711-2020 y 2872-2021 del Juzgado de Garantía de Osorno; así como la absolución de posiciones del demandante en que confesó que Yosselyn Estefany Vargas Obando residía en el inmueble al momento de celebrar el contrato de compraventa, aparece, sin lugar a dudas, que la demandada mantuvo una convivencia de hecho con el antecesor en el dominio del actor y que, en razón de ello, vive en el inmueble cuya restitución se solicita.



NOVENO: Que dicha circunstancia amerita considerar que posee un título idóneo que justifica la ocupación de la propiedad que descarta a la mera tolerancia o ignorancia del demandante y, en consecuencia, es posible concluir que no se dan los presupuestos de la acción de restitución, toda vez que la demandada ostenta la mera tenencia en virtud de un título oponible a éste.

DÉCIMO: Que los racionios previos traen por necesaria consecuencia que la acción de precario intentada no puede prosperar.

UNDÉCIMO: Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil no se condenará en costas a la parte demandante por estimarse que tuvo motivos plausibles para litigar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia de uno de agosto de dos mil veintidós dictada en los autos Rol 288-2022 del Segundo Juzgado de Letras de Osorno, y se decide, en su lugar, que:

I.- Se rechaza la demanda de precario interpuesta por Javier Andrés Igor Subiabre en contra de Yosselyn Estefany Vargas Obando.

II.- Que no se condena en costas al demandante por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Acordado lo anterior con el **voto en contra** del abogado integrante señor Diego Munita quien fue del parecer de confirmar el fallo en alzada por compartir sus fundamentos.

Regístrese y devuélvase, vía interconexión.

Redacción a cargo del abogado integrante Diego Munita L.

Rol N° 80.193-2023.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Arturo Prado P., Sr. Mauricio Silva C., Sra. María Soledad Melo L., y los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Gonzalo Ruz L. No firman los Abogados integrantes Sr. Munita y Sr. Ruz, no obstante haber ambos concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber estos cesado en su periodo de nombramiento. Santiago, cuatro de marzo de dos mil veinticuatro.





YDJTQMQLD

En Santiago, a cuatro de marzo de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

